

# Plaidoyer pour un droit pénal économique plus favorable à la conformité en entreprise

Amissi M. Manirabona\*

## Table des matières

### Résumé

#### Introduction

1. La notion de conformité (*compliance*)
  2. Insensibilité du droit criminel classique à l'égard de la conformité (*compliance*)
    - 2.1 Le cas d'infractions de *mens rea* subjective
    - 2.2 Quelques cas exceptionnels de la promotion de la conformité par le droit pénal
      - 2.2.1 Exception informelle découlant de la discrétion des poursuivants
      - 2.2.2 Possible prise en compte de la conformité en cas d'infractions de négligence
  3. Vers un règlement alternatif de la criminalité économique
    - 3.1 De timides modalités alternatives de traitement des infractions relatives à la concurrence
    - 3.2 Pour un renforcement et une extension du traitement alternatif de la criminalité économique
- Conclusion : pour une solution contextualisée

### Résumé

*Le présent texte discute de la propension du droit pénal économique canadien à favoriser la conformité (compliance) au sein des entreprises. Après avoir défini la notion de conformité, le texte montre comment le droit pénal actuel n'encourage pas les entreprises à y adhérer malgré l'existence de quelques rares exceptions. Par la suite, le texte propose le changement d'approche au Canada en adoptant de nouveaux mécanismes susceptibles de promouvoir la responsabilisation et la coopération des entreprises dans la lutte contre la criminalité économique. Compte tenu de la difficulté de lutter efficacement contre cette forme de criminalité, il est grand temps de penser à d'autres types de mécanismes qui sont en train de faire leurs preuves aux États-Unis et au Royaume-Uni.*

---

\* Professeur, Faculté de droit, Université de Montréal. Cet article a préalablement été présenté lors d'une conférence tenue par l'auteur dans le cadre du colloque « Governance and Compliance in Companies: Constraints or Opportunities? » tenu à la Toulouse Business School les 3 et 4 décembre 2015. L'auteur remercie M<sup>me</sup> Sophie Lefebvre pour son assistance à la collecte de la documentation utilisée dans ce texte.

## Introduction

Depuis les années '90, on assiste, surtout aux États-Unis, à l'émergence d'une nouvelle forme de régulation de la criminalité économique basée sur la conformité (*compliance*). L'idée centrale est que la criminalité au sein des entreprises est souvent l'œuvre d'une ou quelques personnes isolées. Dans ce cas, imposer aux entreprises la rigueur des sanctions criminelles contribuerait à les punir indûment et à défavoriser les parties prenantes. Dès lors, il est dans l'intérêt public d'encourager les entreprises à mettre en place une gestion interne qui puisse permettre la prévention et la détection des crimes sans subir toute la rigueur du système criminel.

Alors que plusieurs réformes ont vu le jour aux États-Unis et très récemment en Angleterre pour favoriser davantage de conformité, la question est de savoir si le droit pénal actuellement en vigueur au Canada est suffisant pour favoriser la conformité. N'a-t-on pas besoin de réformes afin d'amener les entreprises à coopérer dans la détection et la prévention de la criminalité économique?

Pour bien répondre à ces questions, la présente étude va d'abord apprécier les lacunes de l'actuel régime de responsabilité pénale au Canada quant à sa propension à favoriser la conformité. Plus précisément, il s'agira de montrer qu'à l'état actuel du droit, la menace de responsabilité pénale est loin de pouvoir influencer les entreprises à adopter des mécanismes de conformité. D'un côté, cette étude montrera qu'en général, les programmes de conformité n'ont pas d'impact sur la responsabilité pénale en ce

qui concerne les infractions d'intention subjective comme la corruption, le blanchiment de capitaux ou la fraude. Cette catégorie d'infractions, qui est la plus fréquente au sein des entreprises, ne favorise donc pas la conformité bien qu'il y ait deux exceptions : l'une informelle et l'autre formelle. L'exception informelle concerne les cas où les procureurs qui poursuivent peuvent décider d'abandonner les poursuites à l'encontre de l'entreprise fautive, compte tenu de l'existence d'un programme de conformité. Cette possibilité peut donc pousser les entreprises à développer une culture de conformité en leur sein. Le problème est qu'au Canada, en l'absence de règles écrites, contrairement aux États-Unis, cette pratique repose sur le bon vouloir des poursuivants. L'exception formelle concerne le cas d'infractions de négligence dont l'entreprise ne peut pas se rendre coupable si elle a exercé un niveau de diligence voulue pour l'éviter. Ces infractions peuvent donc favoriser la conformité, étant donné que l'entreprise qui aura mis en place un programme de conformité et qui l'aura appliqué adéquatement ne pourra pas être poursuivie.

Il en découle que les entreprises ont beaucoup d'incitatifs pour adopter des programmes de conformité afin d'éviter les poursuites. Le problème est que la plupart d'infractions économiques sont de *mens rea* subjective. En outre, la question de savoir si les entreprises vont réellement adopter et mettre en œuvre ces programmes de conformité dépendra de la probabilité que les infractions éventuelles soient détectées ainsi que du

coût associé aux sanctions prévues<sup>1</sup>. Sans la menace et la certitude de la responsabilité criminelle et les conséquences néfastes qui s'ensuivent, les entreprises feraient le calcul rationnel que le coût d'investissement dans de telles règles internes serait plus élevé que le bénéfice escompté<sup>2</sup>. Or, en droit criminel, le degré de preuve très élevé ne facilite pas la tâche des poursuivants quant au dépôt des accusations, ce qui comporte le risque de favoriser des comportements illégaux.

Dès lors, il est proposé l'adoption en droit pénal canadien des mécanismes de coopération avec les entreprises fautives notamment ceux accordant l'opportunité aux entreprises d'éviter une condamnation criminelle en payant une compensation à l'État et en instaurant un programme de conformité sous la supervision d'un observateur neutre afin d'éviter que l'illégalité se reproduise. L'adoption de ces mécanismes est nécessaire au moins pour les entreprises impliquées dans la criminalité pour la première fois. Ce genre de mécanismes de traitement alternatif des infractions n'est pas totalement inconnu au Canada car on les rencontre notamment en matière de concurrence où on prévoit des immunités

---

<sup>1</sup> En application de la théorie du choix rationnel, il est attendu que les entreprises se conformeront à la réglementation si elles ont beaucoup à perdre en cas de non-conformité. Jillian DORRIAN & Kevin PURSE, « Deterrence and Enforcement of Occupational Health and Safety Law » (2011) 27 *International Journal of Comparative Labour Law* 23.

<sup>2</sup>Jennifer ARLEN, « Removing Prosecutors from the Boardroom. Limiting Prosecutorial Discretion to Impose Structural Reforms », dans Anthony S. BARKOW et Rachel E. BARKOW (DIR.), *Prosecutors in the Boardroom: Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, New York and London, New York University Press, 2011.

pouvant être offertes aux entreprises en échange de leur collaboration à la lutte efficace contre la criminalité. Rien n'empêche donc aux autorités canadiennes de les adopter pour d'autres formes d'infractions économiques.

En définitive, après avoir défini la notion de conformité (*compliance*), nous montrerons que le droit criminel actuel ne l'encourage pas malgré quelques exceptions. Nous tenterons ensuite de proposer l'adoption de nouveaux mécanismes susceptibles de promouvoir ce mécanisme qui, après tout, favorise l'efficacité et l'efficience par la coopération et l'auto-réglementation. Autrement dit, l'approche visant à améliorer la conformité à l'intérieur des entreprises est la mieux à même d'amener les acteurs à procéder aux changements requis et à créer une culture du respect de la loi.

## 1. La notion de conformité

La conformité (*compliance*) est perçue comme étant l'ensemble des actions, politiques et procédures mis en œuvre au sein des entreprises pour se conformer à la loi conçue au sens large (règles internationales, nationales, locales, professionnelles, coutumières, ou normes internes aux entreprises ou aux associations d'entreprises, etc.<sup>3</sup>. Elle exige que l'entreprise s'approprie les règles qui la régissent et adopte, en conséquence, des mécanismes internes visant à les observer afin d'éviter non seulement des sanctions monétaires mais aussi d'autres conséquences éventuelles comme les

---

<sup>3</sup> Oliver DEBAT, « Éthique, conformité, compliance, à la croisée du droit et de la gouvernance d'entreprise », (2014) *Actes pratiques et ingénierie sociétale* 4, p.6.

atteintes à son image, la perte de licences, de permis, de marchés, de clientèle, etc.<sup>4</sup>.

Cette approche considère qu'une application rigide de la loi n'est pas désirable en matière de criminalité économique. Il faut appliquer les règles à travers la collaboration et la persuasion pour pouvoir espérer qu'elles soient suivies<sup>5</sup>. De fait, la *compliance* incite les entreprises à agir comme des curateurs publics qui, dans une approche d'intérêt public, ont la responsabilité de promouvoir la conformité à la loi et une bonne administration de la justice<sup>6</sup>. Il s'agit d'une nouvelle forme de collaboration entre les entreprises et les autorités publiques dans le but de diminuer la survenance de la criminalité par l'auto-discipline. D'après Barkow, cette approche montre que les entreprises ne sont plus traitées comme étant uniquement des cibles privilégiées pour les autorités de poursuites pénales. Elles sont surtout considérées comme des alliés importants pour le contrôle et la lutte contre la criminalité en leur sein<sup>7</sup>. En d'autres termes, en poussant les entreprises à investir dans la prévention de la criminalité, on les transforme en mandataires des autorités publiques sans

que les ressources publiques soient mises à contribution<sup>8</sup>.

Accorder à l'entreprise les pouvoirs de police promeut l'efficacité car l'entreprise est souvent mieux placée pour détecter les auteurs des violations à l'interne. De plus, ce mécanisme évite une intrusion excessive de l'État dans les affaires de l'entreprise. Pour que ce mécanisme fonctionne efficacement cependant, il faut non seulement la bonne volonté des dirigeants de l'entreprise mais aussi des incitations et une pression tant externe qu'interne<sup>9</sup>. Les entreprises ont besoin d'incitatifs afin de procéder à l'identification et à la punition des auteurs des crimes économiques ainsi qu'à insuffler une culture de respect de la loi dans leurs affaires<sup>10</sup>. Il faut donc initier des mécanismes incitant les entreprises à mettre en place une bonne gestion interne permettant la prévention et la détection des irrégularités afin d'éviter toute la rigueur du système criminel. Comme on va le constater, si des réformes sont intervenues ailleurs afin d'inciter les entreprises à aménager leurs politiques internes pour mettre en place une gestion préventive de la criminalité, peu de choses ont été faites au Canada et le droit criminel existant reste toujours fermé aux initiatives de *compliance*<sup>11</sup>.

## 2. Insensibilité du droit criminel classique à l'égard de la conformité (*compliance*)

---

<sup>4</sup> *Id.*

<sup>5</sup> Tom TYLER, « Reducing Corporate Criminality: The Role of Values » (2014) *American Criminal Law Review* 267.

<sup>6</sup> Richard S. GRUNER, « Preventive Fault and Corporate Criminal Liability: Transforming Corporate Organizations into Private Policing Entities » dans Henry N. PONTELL & Gilbert GEIS (EDS.), *International Handbook of White-Collar and Corporate Crime*, Springer, 2007, p. 279-308.

<sup>7</sup> Voir Rachel E. BARKOW, « Organizational Guidelines for the Prosecutor's Office » (2010) 31 (6) *Cardozo L. Rev.* 2089, p. 2100.

---

<sup>8</sup> Philippe TAUZIN, « La gouvernance bancaire dans la lutte contre le blanchiment de capitaux » (2014)/1 (6) *Revue internationale d'intelligence économique* 37-49; Richard S. GRUNER, précité, note 6, p. 279-308.

<sup>9</sup> Geoffrey MILLER, *The Law of Governance, Risk Management and Compliance*, New York, Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

<sup>10</sup> Rachel E. BARKOW, précité, note 7.

<sup>11</sup> Richard S. GRUNER, précité, note 6, p. 279-308.

Nous partons du postulat selon lequel, malgré quelques atténuations (2.2), les infractions d'intention subjective comme la corruption, la fraude, le vol, les ententes de cartel ou le blanchiment de l'argent ne favorisent pas la conformité et l'existence de programmes prévoyant celle-ci n'a pas d'impact sur la question de la responsabilité (2.1).

### 2.1 Le cas d'infractions de *mens rea* subjective

Les infractions de *mens rea* subjective sont des infractions qui nécessitent que l'existence d'un état d'esprit, comme l'intention, la connaissance, l'insouciance, soit « prouvée par la poursuite soit qu'on puisse conclure à son existence vu la nature de l'acte commis, soit par preuve spécifique »<sup>12</sup>. En d'autres termes, en ce qui concerne ces infractions, « le ministère public doit établir un élément moral, savoir, que l'accusé qui a commis l'acte prohibé l'a fait intentionnellement ou sans se soucier des conséquences, en étant conscient des faits constituant l'infraction ou en refusant volontairement de les envisager »<sup>13</sup>. Dans ce sens, l'élément moral exigé pour qu'il y ait condamnation va au-delà de la simple négligence. Autrement dit, un accusé ayant eu connaissance des circonstances entourant la commission d'une infraction de connaissance pourra être condamné même s'il a pris des mesures préventives qu'une personne raisonnable aurait prises dans la même situation.

Un système de droit criminel qui maintient la preuve d'une *mens rea*

subjective passe à côté de la possibilité d'intéresser les entreprises dans la prévention et la détection des crimes<sup>14</sup>. En refusant à l'accusé de se disculper par l'invocation de la diligence raisonnable exercée pour éviter la survenance de l'infraction, le droit pénal décourage les entreprises à investir dans la conformité alors même que les caractéristiques de la criminalité économique moderne montrent que ce sont les entreprises et leurs dirigeants qui sont les mieux placés pour les prévenir<sup>15</sup>. Le droit pénal érige ainsi une barrière à la naissance d'une approche de la responsabilité criminelle mettant l'accent sur la prévention telle qu'elle émerge aux États-Unis<sup>16</sup>. En écartant de « récompenser » la diligence, le droit criminel bloque les incitatifs aux entreprises pour entreprendre des efforts de prévention et de détection de la criminalité en leur sein<sup>17</sup>. En effet, il n'est pas économiquement rationnel d'investir dans une initiative qui ne servira à rien dans la minimisation des coûts et l'accroissement des profits.

Par ailleurs, ce niveau de faute subjective constitue un fardeau trop lourd et difficile à prouver pour la poursuite. Cela a pour conséquence de rendre ardue, voire impossible, une condamnation des entreprises pour ce type de crimes. Selon la Cour suprême, la preuve de la *mens rea* est un travail énorme susceptible d'encombrer les rôles des tribunaux et de gêner l'application de la loi<sup>18</sup>. Sachant que la preuve de cette forme d'infractions est difficile à obtenir, l'entreprise n'appréhendera pas de menaces sérieuses la poussant à se conformer à la loi. Au

---

<sup>12</sup> R. c. *Sault Ste. Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, p. 1325.

<sup>13</sup> *Id.*, p. 1309.

<sup>14</sup> Richard S. GRUNER, précité, note 6, p. 297.

<sup>15</sup> *Id.*

<sup>16</sup> *Id.*

<sup>17</sup> *Id.*

<sup>18</sup> R. c. *Sault Ste. Marie*, précité, note 12, p. 1311.

contraire, comme la criminalité au sein des organisations fait partie de la délinquance cachée et secrète<sup>19</sup> et que ses effets sont généralement diffus<sup>20</sup>, l'entreprise à laquelle on refuse la coopération peut être tentée de cacher toute trace susceptible de constituer un début de preuve<sup>21</sup>. La dissimulation des éléments de preuve devient plus facile pour une grosse entreprise ou celle dont les opérations sont transnationales. En effet, au sein de grandes entreprises ou celles transnationales, les actions et les décisions sont fragmentées entre plusieurs groupes d'entités<sup>22</sup>. De plus, comme Griffin le relève, les responsabilités peuvent être partagées entre plusieurs départements et la preuve nécessaire peut être éparpillée dans plusieurs endroits. Il peut donc arriver que les poursuites interviennent au moment où les employés impliqués ont déjà été remplacés<sup>23</sup>. Dans ce cas, il est pratiquement impossible de rassembler

---

<sup>19</sup> Darryl K. BROWN, « The Problematic and Faintly Promising Dynamics of Corporate Crime Enforcement » (2004) 1 *Ohio State Journal of Criminal Law* 521, p. 526.

<sup>20</sup> Barbara A. BELBOT, « Corporate Criminal Liability » dans Michael Blankenship (dir.) *Understanding Corporate Criminality*, New York: Garland Publishing, 1995, 211, p. 229.

<sup>21</sup> En effet, il n'est pas très rare de trouver des entreprises ayant recours à la falsification ou à la tromperie pour cacher les éléments de preuve des infractions. Voir Darryl K. BROWN, précité, note 19, p. 527.

<sup>22</sup> Harry GLASBEEK, *Wealth by Stealth : Corporate Crime, Corporate Law, and the Perversion of Democracy*, Toronto : Between the Lines, 2002, p. 147, « More Criminalisation in Canada : More of the Same ? » (2005) 8(1) *Flinders Journal of Law Reform* 39, p. 42.

<sup>23</sup> Lisa KERN GRIFFIN, « Inside-Out Enforcement » dans Anthony S. BARKOW & Rachel E. BARKOW (DIR.) *Prosecutors in The Boardroom: Using Criminal Law To Regulate Corporate Conduct*, New York, NYUP, 2011, 110, p. 113. Voir aussi Barbara A. BELBOT, précité, note 20, p. 212.

des éléments de preuve suffisants relativement aux crimes commis au sein des entreprises<sup>24</sup>, une tâche rendue complexe par l'obligation de prouver hors de tout doute raisonnable, l'implication d'un cadre supérieur dans la survenance de l'infraction<sup>25</sup>.

En définitive, les infractions de *mens rea* subjective pèchent par leur incapacité à encourager la conformité. Il est difficile pour une personne rationnelle de prendre des précautions raisonnables visant à prévenir la commission du crime alors qu'elle ne fait pas l'objet de menaces sérieuses d'être poursuivies ou qu'elle ne pourra pas s'en prévaloir pour se défendre.

## 2.2 Quelques cas exceptionnels de la promotion de la conformité par le droit pénal

Il existe des exceptions au principe énoncé plus haut tant du point de vue informel que du point de vue formel. L'exception informelle concerne les cas où les procureurs qui poursuivent peuvent décider d'abandonner les poursuites à l'encontre de l'entreprise soupçonnée compte tenu de l'existence d'un programme de conformité. L'exception formelle concerne le cas des infractions de négligence pour lesquelles la conformité constitue l'une des défenses de diligence raisonnable susceptible de mener à un acquittement.

---

<sup>24</sup> Joseph F. DIMENTO, « Criminal Enforcement of Environmental Law » (1993) 525 *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 134, p. 145.

<sup>25</sup> Michael L. BENSON & Francis T. CULLEN, *Combating Corporate Crime: Local Prosecutors at Work*, Boston : Northeastern University Press, 1998, p. 161.



### 2.2.1 Exception informelle découlant de la discrétion des poursuivants

À la suite de la survenance d'un fait méritant des poursuites criminelles, les décisions de poursuivre ou de ne pas poursuivre relèvent des procureurs de la poursuite. La discrétion du ministère public est prévue aux articles 40 et 40-1 du *Code de procédure pénale* français<sup>26</sup>. Au Canada, la discrétion des poursuivants a été définie par la Cour suprême notamment quant à sa nature et à son étendue. Pour le plus haut tribunal du pays, il s'agit de la prise d'une décision finale quant à savoir s'il y a lieu d'intenter ou de continuer des poursuites ou encore d'y mettre fin, d'une part, et quant à l'objet des poursuites, d'autre part. Plusieurs décisions peuvent être prises en vertu de ce pouvoir discrétionnaire : la décision de répudier une entente sur le plaidoyer; la décision de procéder par voie de mise en accusation directe; la décision de porter des accusations alléguant la perpétration de plusieurs infractions; la décision de négocier sur un plaidoyer; la décision de procéder par voie sommaire ou par voie de mise en accusation; la décision

---

<sup>26</sup> Art. 40 *al.* 1 : « Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1 ». Art. 40-1 : « Lorsqu'il estime que les faits qui ont été portés à sa connaissance en application des dispositions de l'article 40 constituent une infraction commise par une personne dont l'identité et le domicile sont connus et pour laquelle aucune disposition légale ne fait obstacle à la mise en mouvement de l'action publique, le procureur de la République territorialement compétent décide s'il est opportun : 1° Soit d'engager des poursuites ; 2° Soit de mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites en application des dispositions des articles 41-1 ou 41-2 ; 3° Soit de classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient. »

d'interjeter appel<sup>27</sup>. En France, les motifs de classer sans suite un dossier peuvent, entre autres, inclure « la médiocrité du préjudice, l'honorabilité du délinquant, le caractère exceptionnel de son manquement, la sincérité de son regret et ses efforts pour assurer une réparation à la victime, la faute de cette dernière, etc. »<sup>28</sup>.

Selon la pratique, la décision de ne pas poursuivre peut être prise dans un sens favorable à l'entreprise en cas d'existence d'un programme de conformité. Plus précisément, lorsqu'une entreprise a mis en place un programme de conformité pour traiter des cas de violations de la loi, le recours au droit criminel sera de moins en moins préféré. En 1969, le rapport Ouimet en faisait écho : « aucune conduite ne devait être décrite comme criminelle, sauf si elle constitue une grave menace pour la société et s'il est impossible de la redresser par d'autres moyens sociaux ou légaux »<sup>29</sup>. Par la suite, la Commission de réforme du droit du Canada a insisté sur le fait que le droit criminel doit demeurer un outil de dernier ressort auquel il ne faut recourir qu'avec une certaine modération<sup>30</sup>. Par le biais du ministère de la Justice, le gouvernement du Canada a

---

<sup>27</sup> *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65 et *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41.

<sup>28</sup> Pierre BELIVEAU et Jean PRADEL, *La justice pénale dans les droits canadien et français*, 2<sup>e</sup> édition, Bruxelles / Bruylant, Cowansville / Éditions Yvon Blais, 2007, p. 479.

<sup>29</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, *Justice pénale : un lien à forger*, Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle : Ottawa, 1969.

<sup>30</sup> Canada, Commission de réforme du droit, *Notre droit pénal*, rapport no 3, Ottawa, 1976, p. 16, 18, 28 et 31; Canada, Commission de réforme du droit, *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, rapport no 31, Ottawa, p. 8; Canada, Commission de réforme du droit, *Notre procédure pénale*, rapport no 32, Ottawa, 1988, p. 28.

aussi affirmé qu'« on ne doit recourir au droit pénal que lorsque le préjudice causé ou susceptible d'être causé à la société est grave, et que les autres moyens moins coercitifs et moins interventionnistes n'ont pas fonctionné ou apparaissent contre-indiqués<sup>31</sup>. Pour le gouvernement, étant donné que de nombreuses actions peuvent être « nuisibles », et qu'il existe dans la société plusieurs autres moyens de maîtriser ces comportements ou de les combattre, l'usage du droit criminel doit de moins en moins être préféré. En d'autres termes, lorsqu'il existe d'autres moyens sociaux ou légaux moins coercitifs, il ne serait pas approprié de recourir au droit pénal. Il existe par ailleurs une directive du Directeur des poursuites criminelles et pénales<sup>32</sup> selon laquelle lorsqu'il existe un conflit entre des dispositions criminelles et celles réglementaires, la priorité doit être accordée à ces dernières<sup>33</sup>.

Aux États-Unis<sup>34</sup> et au Royaume-Uni<sup>35</sup>, l'existence d'un réel et efficace

---

<sup>31</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, ministère de la Justice, *Le droit pénal dans la société canadienne*, Ottawa, 1982, p. 48-49.

<sup>32</sup> Directeurs des Poursuites criminelles et pénales, *ACC-4 DM Accusation - Choix de poursuite entre une infraction criminelle ou pénale*, en ligne : <http://www.dpcp.gouv.qc.ca/ressources/pdf/envoi/ACC-4-DM.pdf>

<sup>33</sup> Il est vrai que la même directive indique que la priorité doit revenir aux poursuivants en vertu du *Code criminel* si, entre autres, il y a eu atteinte à l'intégrité physique des individus ou en cas de gravité des circonstances ayant donné lieu à l'infraction ou de comportements visant l'établissement d'un système de commission d'infractions sur une grande échelle. Cependant, la réalité est que les poursuivants semblent tellement habitués à renvoyer les cas d'accidents de travail à la CSST qu'ils oublient que la loi C-21 a finalement été adoptée.

<sup>34</sup> DOJ, *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, en ligne :

programme de conformité constitue l'un des facteurs d'intérêt public militant contre le lancement des poursuites pénales à l'encontre de l'entreprise. Cela permet aux entreprises d'initier la création de ce programme afin de s'en prévaloir en cas de poursuites éventuelles.

### 2.2.2 Possible prise en compte de la conformité en cas d'infractions de négligence

Au Canada, les infractions de négligence peuvent être de *mens rea* (objective) ou de responsabilité stricte<sup>36</sup>. En droit français, on parle d'infractions non intentionnelles et de celles de faute pénale d'imprudence ou contraventionnelle<sup>37</sup>.

Quelle que soit sa nature, l'infraction de négligence suppose que l'accusé n'a pas satisfait à la norme objective du comportement attendu d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances. Il y a négligence lorsqu'on a omis d'envisager un risque dont une personne raisonnable se serait rendue compte. La condamnation interviendra lorsque le juge des faits sera convaincu qu'une personne raisonnable dans des circonstances analogues aurait dû être consciente du risque et du danger inhérents au comportement adopté par l'accusé<sup>38</sup>. Contrairement aux infractions de *mens rea* subjective, la faute en matière de négligence réfère à ce qui aurait dû se

---

<http://www.justice.gov/sites/default/files/opa/le-gacy/2008/08/28/corp-charging-guidelines.pdf>

<sup>35</sup> SFO, *Guidance on Corporate Prosecutions*, en ligne :

[http://www.sfo.gov.uk/media/65217/joint\\_guidance\\_on\\_corporate\\_prosecutions.pdf](http://www.sfo.gov.uk/media/65217/joint_guidance_on_corporate_prosecutions.pdf).

<sup>36</sup> Voir *R. c. Beatty*, [2008] 1 R.C.S. 49, 2008 CSC 5.

<sup>37</sup> Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, 20<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 2007, p. 248-256.

<sup>38</sup> *R. c. Beatty*, [2008] 1 R.C.S. 49, 2008 CSC 5.



passer dans l'esprit de l'accusé s'il avait agi raisonnablement; on ne sanctionne pas un état d'esprit subjectif mais les conséquences d'une action irréfléchie. Comme le précise la Cour suprême du Canada, dans de tels cas, l'élément de faute réside dans le fait qu'une personne placée dans les circonstances où se trouvait l'accusé, aurait été consciente du risque de commission du crime, et s'il avait été en mesure de le faire, aurait agi avec diligence afin de l'éviter <sup>39</sup>.

Le bien-fondé de ces infractions est que la preuve est facile à faire étant donné que la poursuite n'a pas à prouver un état d'esprit blâmable lorsqu'on est en matière pénale réglementaire. Dans ces cas, la réalisation de l'acte matériel emporte une présomption de culpabilité. En contrepartie, l'entreprise pourra s'exonérer si elle a mis en place un système visant à assurer la conformité. Comme le précise le droit français, « il n'y a pas faute si l'auteur des faits a accompli les diligences normales compte tenu de la nature des missions ou des fonctions, des compétences, du pouvoir et des moyens dont il disposait » <sup>40</sup>.

Toutefois, en matière criminelle, l'esprit blâmable doit être prouvé. Il doit s'agir d'un manque de diligence constituant un écart marqué par rapport à la norme qu'observerait une personne raisonnable dans la même situation que l'accusé <sup>41</sup>. Cette exigence peut rendre moins préventif cet aspect du droit pénal de négligence.

En cas d'infractions pénales réglementaires de responsabilité stricte,

---

<sup>39</sup> *Id.*

<sup>40</sup> Art. 121-3 *Code de procédure pénal* français.

<sup>41</sup> *R. c. Beatty*, [2008] 1 R.C.S. 49, 2008 CSC 5.

la faute dans l'omission n'a pas besoin de constituer un écart marqué. Il s'agit juste d'un simple écart (négligence simple) par rapport à la norme de comportement d'une personne raisonnablement prudente. En droit français, la négligence simple se rapproche de la notion de faute contraventionnelle qui est présumée dès que l'infraction est commise <sup>42</sup>. Il n'est pas cependant clair si le droit pénal français reconnaît la défense de diligence raisonnable pour l'auteur de cette catégorie d'infractions.

Comme on peut le constater, le droit pénal fondé sur la négligence est favorable à la conformité. En effet, les entreprises qui ont mis en place des programmes de conformité et qui les appliquent adéquatement ne peuvent pas être poursuivies même si une infraction est commise en leur sein. Comme les tribunaux l'ont reconnu, en ne sanctionnant pas ceux qui ont exercé une diligence raisonnable en vue de respecter la loi, les infractions de négligence encouragent les citoyens à être vigilants quant au risque de porter atteinte aux valeurs protégées <sup>43</sup>. Bien évidemment, la diligence raisonnable n'est pas synonyme de passivité. Pour s'en prévaloir, il faut établir l'existence des démarches effectuées en vue de se conformer à la loi <sup>44</sup>. Il faut donc plus qu'un acquiescement passif.

Afin de favoriser la conformité, il est nécessaire que les législations en matière de criminalité économique multiplient ce genre d'infractions de négligence surtout

---

<sup>42</sup> Bernard BOULOC, précité, note 37, p. 254-255.

<sup>43</sup> *R. v. Kanda*, 2008 ONCA 22 (CanLII), par. 44.

<sup>44</sup> *Lévis (City) v. Tétreault; Lévis (City) v. 2629-4470 Québec inc.*, [2006] 1 SCR 420, 2006 SCC 12 (CanLII).

celle de responsabilité stricte <sup>45</sup>. Au Canada, plusieurs infractions pour manque de diligence sont prévues par les différentes lois réglementant les activités économiques comme les lois sur la protection de l'environnement ou celle portant sur les valeurs mobilières. Cependant, ces infractions sont toujours considérées comme mineures et les sanctions applicables reflètent cette approche. Or, pour pouvoir entraîner des changements de gouvernance au sein des entreprises, il est nécessaire, à travers des sanctions sévères, de stimuler les entreprises à investir dans des politiques internes de prévention de la criminalité. Sans la menace d'une sanction sévère et les conséquences néfastes qui s'ensuivent, les entreprises ont tendance à faire le calcul rationnel que le coût d'investissement dans de telles règles internes serait plus élevé que le bénéfice retiré <sup>46</sup>.

Par ailleurs, au Royaume-Uni, la nouvelle loi relative à la lutte contre la corruption prévoit une infraction de défaut de prévenir la corruption pour laquelle l'entreprise pourra être exonérée si elle prouve l'existence des procédures adéquates visant à empêcher la survenance de la violation <sup>47</sup>. Cette infraction de responsabilité stricte en matière de lutte anticorruption n'existe pas encore pour le moment au Canada où

---

<sup>45</sup> Les infractions de négligence en matière criminelle restent difficiles à prouver car elles exigent la preuve hors de tout doute raisonnable de l'*actus reus* et de la *mens rea*. La difficulté devient plus grande lorsqu'il faut attribuer l'infraction à l'entreprise en vertu de la doctrine de l'identification qui requiert la preuve préalable de l'implication d'un cadre supérieur dans la commission de l'infraction. Voir *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662.

<sup>46</sup> Jennifer ARLEN, précité, note 2, p.67.

<sup>47</sup> UK, *Bribery Act 2010*, article 7.

ce domaine relève uniquement du droit criminel. Un régime semblable aiderait beaucoup le Canada à encourager la prévention de la criminalité au sein des entreprises. Le Canada devrait envisager des modifications législatives à cette loi car la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* <sup>48</sup> nous montre qu'un régime criminel peut bel et bien coexister avec un régime de responsabilité stricte dans une même loi.

D'autres modifications législatives ou réglementaires sont aussi nécessaires pour encourager la co-régulation à travers les mécanismes de traitement alternatif des infractions pénales économiques.

### **3. Vers un règlement alternatif de la criminalité économique**

Dans cette partie, il s'agira de voir comment le droit pénal économique peut favoriser davantage la conformité ou l'autorégulation par les entreprises. Nous verrons en premier lieu les innovations intéressantes, mais limitées, dans le domaine de la concurrence. En deuxième lieu, nous procéderons à une démarche prospective visant à inviter le législateur à étendre le modèle de la concurrence aux autres infractions économiques en s'inspirant de l'expérience des autres pays.

#### **3.1 De timides modalités alternatives de traitement des infractions relatives à la concurrence**

Au Canada, le Bureau de la concurrence (ci-après le Bureau), un organisme

---

<sup>48</sup> *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* (L.C. 2000, ch. 17), articles 77 et 79.

indépendant chargé, entre autres, d'appliquer les dispositions de la *Loi sur la concurrence*<sup>49</sup> a élaboré les programmes d'immunité et de clémence afin de lutter efficacement contre les cartels criminels. Ces programmes permettent de détecter et de démanteler les activités de cartel qui, autrement, passeraient inaperçues<sup>50</sup>. L'idée centrale de ces programmes est que « [l]es parties sont plus susceptibles de communiquer avec le Bureau, de coopérer et de plaider coupables (plutôt que de se défendre devant les tribunaux) si elles connaissent les facteurs pertinents à la clémence et si elles ont confiance que le Bureau les respectera dans ses recommandations ...»<sup>51</sup>.

En ce qui concerne le Programme d'immunité, il est disponible seulement pour la première entreprise ou le premier particulier qui dénonce au Bureau une infraction liée aux cartels qui n'est pas encore décelée ou qui lui fournit une preuve menant au dépôt d'accusations. Dans ce cas, le dénonciateur, personne morale ou physique, « peut se voir octroyer l'immunité contre les poursuites par le Service des poursuites pénales du Canada (SPPC) »<sup>52</sup>. Afin d'être admissible à l'immunité, une partie doit mettre fin à sa participation à l'activité illégale, elle ne doit pas avoir forcé d'autres parties à y prendre part et elle doit, tout au long de l'enquête du Bureau et de toute instance subséquente, assurer sans réserve, en temps opportun et de façon continue, son

entière coopération, à ses frais<sup>53</sup>. La coopération d'une partie vise à faciliter les enquêtes et poursuites à l'encontre d'autres individus ou parties impliqués dans les mêmes activités criminelles. Cela veut dire qu'une partie qui participe seule à l'infraction n'est pas admissible en vertu de ce programme<sup>54</sup>. Lorsqu'une entreprise est admissible à l'immunité, tous ses administrateurs, dirigeants, agents et employés actuels qui reconnaissent leur participation à l'activité anticoncurrentielle illégale dans le cadre de l'aveu de l'entreprise, et qui coopèrent sans réserve, en temps opportun et de façon continue, ont aussi droit à la même recommandation d'immunité<sup>55</sup>. Il s'agit d'un programme très intéressant qui permet aux autorités de mettre la main sur les responsables de certaines activités de cartel qui, autrement, seraient restées inconnues.

Quant au Programme de clémence du Bureau, il s'agit d'un mécanisme complémentaire destiné aux parties qui ne sont pas admissibles au Programme d'immunité. Plus précisément, il concerne les personnes morales ou physiques « qui s'engagent à coopérer après le moment où une autre partie a commencé à coopérer dans le cadre du Programme »<sup>56</sup>. Concrètement, le Bureau de la concurrence, qui reçoit la coopération d'une partie, émet des recommandations au SPPC afin de « reconnaître l'aide

<sup>49</sup> *Loi sur la concurrence* (L.R.C. (1985), ch. C-34).

<sup>50</sup> CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, Programmes d'immunité et de clémence, Fiche de renseignements, 26 mars 2015, en ligne : <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03896.html>.

<sup>51</sup> *Canada c. Maxzone Auto Parts (Canada) Corp.*, 2012 CF 1117, par. 34.

<sup>52</sup> Précité, note 50.

<sup>53</sup> BUREAU DE LA CONCURRENCE CANADA, Le Programme d'immunité et la *Loi sur la concurrence*, *Bulletin*, 7 juin 2010, par. 14-18, en ligne :

<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03248.html>.

<sup>54</sup> *Id.* par. 16.

<sup>55</sup> *Id.* par. 20-21.

<sup>56</sup> *Canada c. Maxzone Auto Parts (Canada) Corp.*, 2012 CF 1117, par. 34, par. 33.

diligente et pertinente apportée par les demandeurs admissibles à une enquête du Bureau ou aux poursuites en découlant » dont les aveux et la collaboration précoces « peuvent fortement justifier un traitement de clémence au moment de la détermination de la peine »<sup>57</sup>. Comme exemples des avantages accordés, « le premier demandeur de clémence peut obtenir une réduction de 50 pour cent de l'amende qui aurait par ailleurs été recommandée, pourvu qu'il réponde aux exigences du Programme de clémence, notamment qu'il plaide coupable et qu'il offre une coopération entière, franche, rapide et sincère »<sup>58</sup>. De même, « le deuxième demandeur peut obtenir une réduction de 30 pour cent de l'amende que le Bureau aurait par ailleurs recommandée au SPPC, et que l'importance de la réduction du demandeur suivant dépendra, d'une part, du moment où celui-ci s'est adressé au Bureau par rapport au « deuxième » demandeur et, d'autre part, de la diligence de sa coopération »<sup>59</sup>.

Par ailleurs, si la première partie à faire une demande de clémence est une organisation commerciale, « le Bureau recommandera qu'aucune accusation distincte ne soit portée à l'encontre de ses administrateurs, dirigeants ou employés pourvu que ceux-ci coopèrent de façon

complète, franche, rapide et sincère »<sup>60</sup>. Lorsque la première partie à demander la clémence est un particulier se manifestant à titre indépendant, la même politique est suivie ; mais « en ce qui concerne la deuxième partie ou les parties suivantes à demander la clémence, les administrateurs, dirigeants, employés et agents actuels et anciens peuvent faire l'objet d'accusations, tout dépendant de leur rôle dans l'infraction »<sup>61</sup>.

Bien qu'ils constituent un progrès indéniable dans le traitement non traditionnel de la criminalité en matière de cartels, ces programmes présentent toutefois des limites importantes. La plus grande faiblesse est que ces programmes n'imposent pas aux entreprises des engagements visant à instaurer des dispositifs de conformité afin d'éviter d'autres violations de la loi. Par ailleurs, ces programmes d'immunité et de clémence présentent des faiblesses découlant du fait que les poursuivants et les juges ont l'option de respecter ou non les termes de l'entente entre les parties et le Bureau<sup>62</sup>.

En outre, pour ce qui est du programme d'immunité, une partie à l'origine de la violation n'est pas admissible. Une partie ayant agi seule est aussi exclue. Il serait intéressant que ce programme soit disponible pour toute partie peu importe son rôle pour autant qu'elle exprime sincèrement son intention de coopérer et

---

<sup>57</sup> Précité, note 50.

<sup>58</sup> CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE, Programmes d'immunité et de clémence, Fiche de renseignements, 26 mars 2015, en ligne : <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03896.html> ; *Canada c. Maxzone Auto Parts (Canada) Corp.*, 2012 CF 1117, par. 36.

<sup>59</sup> BUREAU DE LA CONCURRENCE CANADA, Le programme de clémence, *Bulletin*, 29 septembre 2010, par. 12, en ligne : <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03288.html>.

---

<sup>60</sup> *Id.*, par. 21.

<sup>61</sup> *Id.*, par. 22.

<sup>62</sup> En vertu du paragraphe 5, le SPPC garde une entière discrétion quant à l'acceptation ou au rejet des recommandations du Bureau à l'égard de la détermination de la peine. Quant au paragraphe 7, il prévoit que le juge a toute autorité de déterminer la peine appropriée sans égard à la proposition conjointe des parties.

de se conformer à la loi à l'avenir. Enfin, le programme de clémence s'insère dans le processus de plaidoyer de culpabilité, ce qui suppose qu'une condamnation devra, malgré tout, intervenir<sup>63</sup>. Au bout du compte, l'entreprise aura sa peine et cela peut la dissuader à se prévaloir du Programme.

Ces obstacles peuvent empêcher les entreprises et les individus à aller de l'avant dans l'auto-dénonciation des activités illégales dans lesquelles elles sont impliquées. D'où l'importance d'adopter au Canada des mécanismes qui ne comportent pas ces faiblesses.

### 3.2 Pour un renforcement et une extension du traitement alternatif de la criminalité économique

Les Programmes d'immunité et de clémence que nous venons de voir n'existent au Canada qu'en matière d'infractions de cartels criminels<sup>64</sup>. Mais rien n'empêche aux autorités publiques de les généraliser pour qu'ils s'appliquent aux autres formes de criminalité économique. Le législateur pourrait adopter une loi ou une politique semblable à celle du Bureau de la concurrence afin de favoriser la coopération des entreprises dans la répression de la criminalité économique et ainsi encourager la conformité. Mieux, le législateur pourrait s'inspirer de la pratique de certains pays comme les États-Unis et le Royaume-Uni et adopter

les mécanismes non judiciaires qui ne comportent pas de faiblesses qu'on remarque actuellement au niveau des programmes d'immunité et de clémence. Ces sont les fameux *Non-Prosecution Agreements* (ententes de non poursuites - NPA) et *Differed Prosecution Agreements* (ententes de poursuites différées - DPA). Les *Non-Prosecution Agreements* permettent aux témoins de collaborer, de leur propre chef, avec l'accusation en échange de la promesse de ne pas être poursuivis pour certains faits. Ce faisant, ils renoncent à leurs droits de ne pas contribuer à leur propre incrimination<sup>65</sup>. De leur côté, les *Differed Prosecution Agreements* sont des accords par lesquels une entreprise suspectée d'avoir commis une infraction va faire reporter les poursuites pour un délai déterminé en reconnaissant certains faits et en acceptant de payer une amende. À ce stade, l'entreprise ne plaide pas coupable mais reconnaît juste des faits qui pourraient éventuellement mener à un plaidoyer de culpabilité et elle paie une amende conséquente afin d'éviter les poursuites. L'entreprise va alors s'engager à poser des gestes pour remédier à la situation, par exemple mettre en place de nouveaux systèmes de conformité, changer les pratiques ou les politiques potentiellement illégales. L'entreprise va ensuite nommer un contrôleur (*monitor*) afin de superviser la mise en œuvre de l'accord pour une période déterminée et faire rapport au procureur sur l'efficacité des modifications entreprises et le changement de la culture interne aux entreprises. À la fin de la période du

---

<sup>63</sup> En effet, même s'il est dit qu'il « est dans l'intérêt public d'éviter les poursuites inutiles avec les coûts et les incertitudes qui en découlent », le paragraphe 6 du *Bulletin* apporte une nuance selon laquelle les parties doivent être « tenues pour responsables de leurs activités criminelles ».

<sup>64</sup> *Loi sur la concurrence* (L.R.C. (1985), ch. C-34), articles 45 et 46.

---

<sup>65</sup> Kenneth S. GALLANT et al. « La lutte contre la criminalité en droit fédéral américain (États-Unis) » dans Maria Luisa CESONI (ED.) *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception*, Bruxelles, Bruylant, 123, p. 170.



report, si le contrôleur donne une réponse favorable à l'effet que l'entreprise a réussi à se conformer aux exigences, l'accord prend fin sans aucune autre conséquence pour l'entreprise. Si la compagnie ne s'est pas conformée, immédiatement le procureur a le droit de déposer des accusations qui, en fait, sont considérées comme ayant été immédiatement suivies d'un plaidoyer de culpabilité.

Ces mécanismes du « donnant-donnant », symbole de la politique de « la carotte et le bâton » sont, de nos jours, très importants dans la lutte contre la criminalité économique. En effet, si l'entreprise est menacée de poursuite sans aucun autre aménagement, elle n'aura aucun intérêt à coopérer. Elle sera plutôt amenée à se battre, même pendant des années<sup>66</sup>. Or, d'un point de vue de politique publique, cette longue bataille judiciaire est préjudiciable pour toutes les parties.

Ces mécanismes permettent aux procureurs d'éviter un procès, de régler vite des affaires et de pouvoir épargner des ressources pour les affecter aux autres besoins. En conséquence, les poursuivants ont des résultats concrets, rapides et à moindre coût : en diminuant la nécessité d'utiliser certaines ressources judiciaires et en évitant les délais onéreux liés à des procès, les procureurs

---

<sup>66</sup> Il est rapporté que l'entreprise SNC-Lavalin avait elle-même signalé les actes de corruption à la police en espérant un traitement de faveur. Or, après que la police a décidé de déposer des accusations, l'entreprise a engagé de gros moyens pour se défendre. Voir Theresa TEDESCO, SNC-Lavalin board goes into full combat mode after RCMP lays bribery and fraud charges, *Financial Post*, 19 février 2015, en ligne : <http://business.financialpost.com/news/fp-street/snc-lavalin-board-goes-into-full-combat-mode-after-rcmp-lays-bribery-and-fraud-charges>.

préservent les biens publics. D'autre part, en dehors des frais liés aux procès, il peut y avoir une perte de temps si les poursuivants sont ultimement incapables de prouver hors de tout doute raisonnable la commission de l'infraction et la participation de l'entreprise. De même, le règlement financier qu'ils obtiennent peut être utilisé pour compenser les dommages et/ou modifier les comportements non conformes dans une perspective de réhabilitation. Grâce à des programmes de conformité supervisés que ces mécanismes imposent, les procureurs contribuent indéniablement à l'instauration d'une nouvelle culture de respect de la loi au sein des entreprises<sup>67</sup>.

Pour les entreprises, non seulement elles s'en sortent à moindre coût, mais le risque lié à une atteinte sérieuse à la réputation de l'entreprise est évité. En effet, comme il ne s'agit pas de plaidoyer de culpabilité qui doit nécessairement aboutir à une condamnation, la capacité de l'entreprise à faire ses affaires est préservée<sup>68</sup>. L'entreprise ne perdra pas l'argent dans les procès et continuera à employer ses salariés et à honorer ses engagements envers ses créanciers. Quant aux parties prenantes innocentes, (employés, créanciers, collectivités, etc.), elles ne souffriront pas indûment des conséquences d'une condamnation criminelle. En ce qui concerne l'effectivité, il est attendu qu'un mécanisme qui fait la promotion de la confiance et la

---

<sup>67</sup> David M. UHLMANN, « Deferred Prosecution and Non-prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability », (2013) 72 (4) *Maryland L. Rev.* 1295-344.

<sup>68</sup> Certains gouvernements ou certaines institutions financières disqualifient les entreprises poursuivies ou condamnées pour crimes économiques lors des processus d'offres de marchés publics.

coopération au sein des entreprises a plus de chance de donner des résultats satisfaisants comparativement à l'approche traditionnelle basée sur le commandement et le contrôle <sup>69</sup>.

À titre d'illustration, prenons le cas récent de l'entreprise SNC-Lavalin qui a été empêchée de soumissionner aux offres de la Banque mondiale relatives à la participation à la construction d'un nouveau barrage sur le fleuve Congo en RD Congo. Comme l'entreprise est sur la liste noire de la Banque mondiale pour implication dans des scandales de corruption par ses anciens directeurs, elle ne pouvait pas participer à ce marché de plusieurs milliards de dollars (plus de 13 milliards) <sup>70</sup>. SNC-Lavalin dont un ancien vice-président a été condamné en Suisse pour corruption et fraude et qui est actuellement poursuivie au Canada pour corruption nationale et internationale, ne peut pas non plus soumissionner aux marchés publics des gouvernements fédéral et provinciaux <sup>71</sup>. Si cette situation perdure, l'entreprise pourrait être amenée à cesser ses activités étant donné que ses affaires reposent essentiellement sur l'exécution des marchés publics offerts par les gouvernements ou financés par les institutions internationales. Si tel devait être le cas, les impacts se feraient

---

<sup>69</sup> Tom TYLER et al. « The Ethical Commitment to Compliance – Building Value-Based Cultures » (2008) 50 (2) *California Management Review* 31, p. 42.

<sup>70</sup> Jean-Thomas LÉVEILLÉ, *Un projet colossal échappe à SNC-Lavalin*, *La Presse*, 17 octobre 2014, en ligne : <http://affaires.lapresse.ca/economie/quebec/2014/10/17/01-4809995-un-projet-colossal-echappe-a-snc-lavalin.php>.

<sup>71</sup> TRAVAUX PUBLICS ET SERVICES GOUVERNEMENTAUX CANADA, Le régime d'intégrité du gouvernement du Canada, en ligne : <http://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/ci-if/ci-if-fra.html>.

sentir non seulement au niveau de l'entreprise et ses actionnaires mais aussi sur les employés. Pourtant, après la survenance des scandales et avant même le début des enquêtes, l'entreprise a fourni beaucoup d'efforts pour sanctionner les responsables et corriger les irrégularités. Elle a ainsi mis fin à l'emploi de plusieurs cadres supérieurs à l'origine des manquements y compris son président-directeur général. Elle a aussi mis en place plusieurs programmes de conformité et engagé d'éminentes personnalités aux départements nouvellement créés pour promouvoir l'éthique et la conformité <sup>72</sup>. Mais tous ces efforts n'ont pas pu ralentir la progression des poursuites criminelles à l'encontre de cette entreprise.

Compte tenu des conséquences fâcheuses qui peuvent suivre une condamnation criminelle de cette entreprise, il est temps de réfléchir à l'admission des moyens alternatifs de traitement de la criminalité économique au sein des entreprises afin de ne pas menacer leur existence. Toute approche qui incite à la coopération dans la réduction des erreurs humaines est toujours efficace par rapport à une approche qui a pour objectif de punir, dénoncer et imposer des sanctions draconiennes aux fautifs. En exigeant à l'entreprise de payer pour le mal causé et de s'assurer que les moyens en place éviteront qu'il y ait un cas similaire, on imprime le changement de façon durable.

### **Conclusion : pour une solution contextualisée**

Malgré leur importance, les NPA et les DPA sont critiquées. La principale critique est celle qui considère qu'il s'agit d'un

---

<sup>72</sup> Theresa TEDESCO, précité, note 66.

achat de la justice par les entreprises<sup>73</sup> au mépris du principe de l'égalité de tous devant la loi. Il est reproché à ces programmes aussi de limiter le potentiel punitif et dissuasif des autorités d'application de la loi pénale et d'annihiler ainsi la réprobation sociale qui devrait accompagner toute condamnation pénale<sup>74</sup>. Leur multiplication aurait sapé la force de la dissuasion générale et de l'impact de la publicité négative qui résulte de poursuites criminelles, ce qui représenterait une victoire des grandes entreprises qui, pendant des décennies, auraient cherché à affaiblir ou éliminer le régime de responsabilité pénale qui leur est applicable<sup>75</sup>. On estime aussi qu'ils éroderaient les protections les plus élémentaires accordées par le droit pénal en élevant le procureur en juge et jury, portant ainsi atteinte au principe de séparation des pouvoirs<sup>76</sup>. Les NPA et les DPA sont considérés comme conférant un pouvoir disproportionné aux poursuivants allant même au-delà du pouvoir qu'ils ont en matière de

---

<sup>73</sup>Paul PEACHEY, *Justice for sale: Big companies could soon escape prosecution for corporate corruption - by paying their way out*, Independent, 24 juillet 2015, en ligne : <http://www.independent.co.uk/news/uk/crime/justice-for-sale-big-companies-could-soon-escape-prosecution-for-corporate-corruption-by-paying-10414792.html>.

<sup>74</sup>David M. UHLMANN, note 67, 1302.

<sup>75</sup>Russell MOKHIBER, « Speech Delivered at the National Press Club: Crime without Conviction: The Rise of Deferred and Non Prosecution Agreements, Corporate Crime Reporter », 28 décembre 2005, en ligne : <http://www.corporatecrimereporter.com/deferredreport.htm>.

<sup>76</sup>Richard A. EPSTEIN, *The Deferred Prosecution Racket*, *Wall Street Journal*, 28 novembre 2006, <http://www.wsj.com/articles/SB116468395737834160>.

plaidoyers de culpabilité<sup>77</sup>. Ces mécanismes alternatifs présenteraient par ailleurs le défaut de ne pas prévoir un contrôle judiciaire de leur mise en œuvre ou de toute violation alléguée, en plus d'imposer aux entreprises poursuivies des obligations de coopération permanente<sup>78</sup>. Il est aussi rapporté que par le biais de ces accords, on a augmenté la portée de l'application de la loi pénale dans des domaines qui, autrement, seraient soumis uniquement à des actions de conformité administrative ou de litiges privés<sup>79</sup>. De même, une crainte est exprimée à l'effet que ces accords risquent d'être utilisés sans limite même lorsque les délits sont graves au lieu de s'appliquer uniquement aux cas d'infractions mineures<sup>80</sup>. Il est aussi dit que les NPA et les DPA peuvent créer des possibilités de conflits d'intérêts dans la mesure où les contrats de surveillance sont souvent attribués par les

---

<sup>77</sup>Voir des exemples dans *The Changing Role of the Criminal Law in Controlling Corporate Behavior*, p. 62-63.

<sup>78</sup>Brandon L. GARRETT, « Structural Reform Prosecution », (2007) 93 *Virginia Law Review* 853, 857.

<sup>79</sup>Cindy R. ALEXANDER & Mark A. COHEN, « The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective on Non-Prosecution, Deferred Prosecution, and Plea Agreements » (2015) 32 *American Criminal Law Review* 537, p. 540.

<sup>80</sup>David M. UHLMANN, précité, note 67, p. 1306. L'auteur donne l'exemple d'affaire Massey (Massey Energy's Upper Big Branch mine (West Virginia) en 2010. L'entreprise avait un très mauvais historique concernant la sécurité et la protection de l'environnement, après la tragédie qui a fait 29 morts, le MSHA (Mine Safety and Health Administration) a identifié plus de 300 violations à la *Mine Safety and Health Act* dont 9 ont été directement reliées à l'explosion. Plutôt que d'inculper l'entreprise, le DOJ a annoncé la signature d'un NPA avec le nouveau propriétaire et n'a pas retenu de charge criminelle contre l'entreprise, David M. Uhlmann, précité, note 67, p. 1296 à 1300.

entreprises à des anciens procureurs pour des montants exorbitants<sup>81</sup>. Par ailleurs, les pénalités liées aux NPA et aux DPA peuvent souvent être plus grandes et déraisonnables que celles qui découlent d'une condamnation traditionnelle<sup>82</sup>. Il y aurait aussi un problème de discrimination car ces ententes sont surtout disponibles pour de grosses compagnies locales et non pour les entreprises étrangères ou celles qui sont de petite ou moyenne taille<sup>83</sup>.

Mais ces critiques sont-elles suffisantes pour écarter l'adoption des NPA ou des DPA au Canada? Nous pensons que non. En effet, il est possible d'adopter une version canadienne de ces mécanismes tout en évitant les faiblesses répertoriées. Pour ceux qui tiennent aux principes traditionnels de droit pénal, il importe de rappeler que depuis plusieurs années, ces principes sont souvent sacrifiés pour des raisons d'efficacité. C'est ainsi qu'il existe au Canada le programme de traitement non judiciaire de certaines infractions criminelles commises par des adultes<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> Mais depuis 2008, le DOJ doit approuver ces contrats de surveillance.

<sup>82</sup> À titre d'exemple, le DPA négocié avec Bristol-Myers Squibb concernant une violation des Securities Law incluait l'obligation de dépenser 5 millions \$ pour créer une chaire de recherche en éthique des affaires à Seton Hall Law School – l'Université où le procureur en charge du dossier avait fait ses études. Voir Jennifer ARLEN, précité, note 2, p. 67. Pour sa part, le DPA négocié avec Wal-Mart concernant la bousculade mortelle ayant eu lieu dans ses magasins à la fin de l'année 2008, incluait non seulement des compensations pour les victimes mais aussi des bourses importantes aux montants de 1.5 millions \$ (au Nassau County's Youth Board) et de 300 000 \$ (au United Way's Youth Build Program). Voir Richard A EPSTEIN, « Deferred Prosecution Agreement on Trial - Lesson from the Law of Unconstitutional Conditions », p. 41.

<sup>83</sup> David M. UHLMANN, précité, note 67, p. 1327.

<sup>84</sup> JUSTICE QUEBEC, *Programme de traitement non judiciaire de certaines infractions criminelles*

Le Service fédéral canadien des poursuites pénales prévoit aussi des ententes d'immunité suivant lesquelles « le ministère public s'engage à s'abstenir de poursuivre un délateur pour un ou plusieurs crimes, ou à mettre fin à des poursuites en échange d'un témoignage, de renseignements utiles ou d'une autre forme d'aide ou de collaboration<sup>85</sup>. Les Programmes d'immunité et de clémence que nous avons évoqués précédemment en ce qui concerne les infractions en matière de concurrence contreviennent aussi au principe de l'égalité de tous devant la loi mais sont très bien implantés au Canada. En France, le *Code de procédure pénale* consacre la déjudiciarisation des infractions en offrant la possibilité de mettre en branle les modalités alternatives<sup>86</sup>. Selon l'article 41-1, plutôt qu'engager des poursuites, le procureur de la République peut, rappeler au respect de la loi, demander de régulariser la situation, de réparer le dommage ou d'entrer dans un processus de médiation s'il apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits. Ce n'est que lorsque l'auteur des actes illégaux refuse d'exécuter ses obligations que le procureur pourra engager des poursuites. Il s'agit ici des mécanismes proches des DPA américains qu'une partie de la doctrine française considère comme une

---

*commises par des adultes*, en ligne : <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/generale/non-judic.htm>.

<sup>85</sup> SERVICE DES POURSUITES PENALES DU CANADA, *Guide du Service des poursuites pénales du Canada*, en ligne : [http://www.ppsc-sppc.gc.ca/fra/pub/sfpg-fpsd/sfp-fps/tpd/p3/ch03.html#section\\_2](http://www.ppsc-sppc.gc.ca/fra/pub/sfpg-fpsd/sfp-fps/tpd/p3/ch03.html#section_2).

<sup>86</sup> Article 40-1 *Code de procédure pénale* français.

forme de « contractualisation de la justice pénale »<sup>87</sup>.

Il est par ailleurs recommandé de prévoir la nomination des autorités civiles spécialisées dans la supervision de la conformité en entreprise à la place des procureurs. Ce rôle peut bien être joué par des agents de l'Autorité des marchés financiers. Selon Arlen<sup>88</sup>, une nomination de ces autorités serait plutôt efficiente économiquement parlant. Ces autorités seraient mieux en position de concevoir des programmes de conformité car elles ont généralement une meilleure compréhension des industries réglementées et ont des mécanismes pour évaluer et permettre que ces programmes soient en harmonie avec leur propre réglementation. Par ailleurs, compte tenu du contexte constitutionnel canadien, une collaboration entre les procureurs provinciaux et fédéraux sera nécessaire afin que l'entente entérinée puisse différer toutes les poursuites lorsque les actes répréhensibles reprochés sont interdits par des lois relevant de ces deux paliers de gouvernement. À l'instar de ce que vient de faire les États-Unis, il pourrait aussi être beaucoup plus acceptable pour l'opinion d'offrir la possibilité de se prévaloir de ces mécanismes uniquement aux entreprises qui dénoncent volontairement leur implication dans la criminalité. Enfin, il importe que si le Canada opte pour les DPA, on prévoie que le juge les entérine ultimement afin de procurer une surveillance additionnelle et une transparence nécessaire pour que le public garde la confiance dans l'administration de la justice<sup>89</sup>. Comme le

soutient Uhlmann, l'implication d'un arbitre neutre, dans un processus public, permettrait d'assurer que les ententes soient équitables et emportent une responsabilité pour les entreprises<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> Pierre BELIVEAU et Jean PRADEL, précité, note 28, p. 480.

<sup>88</sup> Jennifer ARLEN, précité, note 2.

<sup>89</sup> Jamens M. ANDERSON & Ivan WAGGONER, *The Changing Role of Criminal Law in Controlling*

---

*Corporate Behavior*, Rand Corporation, California, 2014, p. 102.

<sup>90</sup> David M. UHLMANN, précité, note 74, p. 1329.